

PRINCIPIO DE JERARQUÍA DEL MINISTERIO PÚBLICO

Sumilla. El fiscal supremo en lo penal consideró que la absolución decretada por la Sala Penal Superior por el delito de posesión de drogas con fines de microcomercialización se encuentra justificada, el acusado admitió la posesión de droga; empero para su consumo, y no existe elemento indicativo que fuera con fines de microcomercialización. En tal sentido, en mérito al principio institucional de jerarquía y a los diversos pronunciamientos emitidos por esta instancia suprema, corresponde dejar subsistente la sentencia impugnada.

Lima, veintidós de julio de dos mil diecinueve

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por el **FISCAL ADJUNTO SUPERIOR DEL DISTRITO FISCAL DE LIMA NORTE**, contra la sentencia del veinticinco de abril de dos mil dieciséis (foja 507), emitida por la Segunda Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, en el extremo que resolvió absolver de la acusación fiscal a Alexander Larry Quispe Quispicho, por el delito contra la salud pública, en la modalidad posesión de drogas con fines de microcomercialización, en perjuicio del Estado.

Oído el informe oral. De conformidad con la opinión del fiscal supremo en lo penal.

Intervino como ponente la jueza suprema **CASTAÑEDA OTSU**.

CONSIDERANDO

HECHOS OBJETO DEL PROCESO PENAL

Primero. En la acusación fiscal (foja 384) se atribuyó a Alexander Larry Quispe Quispicho, Pedro Varas Tafur y otro sujeto desconocido haber sustraído las pertenencias de Lucio Chávez Amado. Este hecho ocurrió

el tres de octubre de dos mil trece a las siete horas con treinta minutos, cuando el agraviado se encontraba a bordo del vehículo de placa de rodaje N.º QO-4408 por inmediaciones de la cuadra uno de la avenida Carabayllo, distrito de Comas. Al bajar fue interceptado por los dos acusados y el sujeto no identificado, quienes provistos con armas de fuego lo amenazaron y le sustrajeron su billetera con mil doscientos soles. Asimismo, ante su negativa a entregar las llaves, Quispe Quispicho le dio un golpe en la cabeza con el arma de fuego. Luego, intentaron encender el vehículo, pero como no pudieron obligaron al agraviado a que lo encienda, momento en que efectivos policiales se percataron de lo ocurrido y los intervinieron, estos se dan a la fuga, siendo finalmente capturados Quispe Quispicho y Varas Tafur por inmediaciones de las avenidas Los Maestros con Rosa de América.

En el registro personal, se le encontró a: **i)** Quispe Quispicho con un arma de fuego de serie BPK-6820, siete bolsitas de polietileno con diecisiete gramos de marihuana y una bolsita con cuatro punto cinco gramos de pasta básica de cocaína; y **ii)** Varas Tafur con un arma de fuego de serie BAP-7012, las llaves del vehículo del agraviado, ocho bolsitas con veintiséis gramos de marihuana y una bolsita con cuatro punto cinco gramos de pasta básica de cocaína.

Segundo. Por estos hechos el fiscal superior formuló acusación contra ambos, por tres delitos: **i)** contra el patrimonio, en la modalidad de robo previsto en el artículo 188 del Código Penal (CP), concordado con las agravantes de los incisos 3 (a mano armada), 4 (pluralidad de agentes) y 5 (sobre vehículo automotor), del primer párrafo, artículo 189, del acotado Código; **ii)** contra la seguridad pública, en la modalidad de tenencia ilegal de armas, previsto en el artículo 279 del CP; y **iii)** contra la salud pública, en la modalidad de posesión de drogas con fines de microcomercialización, previsto en el inciso 1, artículo 298, del CP.

Se solicitó como penas veinte, seis y tres años de privación de libertad, respectivamente por cada delito. Asimismo, ciento ochenta días-multa y el pago solidario de dos mil soles por concepto de reparación civil, a favor del Estado. En tanto que, la Procuraduría Pública Adjunta a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio del Interior en este extremo, mediante escrito del tres de setiembre de dos mil quince (foja 404) solicitó el pago solidario de tres mil soles, en lo concerniente al delito de posesión de drogas con fines de microcomercialización.

Tercero. De conformidad con el acta de la segunda sesión del juicio oral del veinticinco de abril de dos mil dieciséis (foja 501), solo concurrió Quispe Quispicho; por ello, se procedió a iniciar el juicio en su contra y se reservó el proceso a su coacusado Varas Tafur. La Sala Penal Superior hizo de conocimiento a Quispe Quispicho sobre los alcances de la Ley N.º 28122, sobre la conclusión anticipada de juicio oral, y se le preguntó si se considera responsable de los hechos que se le imputó, a lo que respondió afirmativamente, con la precisión que la droga era para su consumo. Se efectuó sus alegatos en relación a la pena y reparación civil. Y finalmente se expidió la sentencia anticipada.

DE LA SENTENCIA DE CONFORMIDAD

Cuarto. La Sala Penal Superior para dictar la sentencia anticipada efectuó un control de legalidad de los cargos atribuidos a Quispe Quispicho, y decidió absolverlo de los delitos de tenencia ilegal de armas de fuego y de posesión de drogas con fines de microcomercialización. Expidió sentencia condenatoria por el delito de robo con agravantes, y le impuso diez años de privación de libertad y al pago de dos mil soles por concepto de reparación civil, que deberá abonar a favor del agraviado.

La absolución por el delito de posesión de drogas con fines de microcomercialización se sustentó en que el mismo requiere que las sustancias estén preordenadas para la microcomercialización. Sin embargo, de acuerdo con el relato del fiscal superior, si el acusado Quispe Quispicho realizó actos propios de robo con agravantes, no era posible que al mismo tiempo realice actos de micro comercialización.

SUSTENTO DEL RECURSO DE NULIDAD

Quinto. El fiscal superior penal en su recurso formalizado (foja 525) impugnó la sentencia en el extremo que absolvió a Quispe Quispicho del delito de posesión de drogas con fines de microcomercialización. Se sustentó en los siguientes argumentos:

5.1. La Sala Penal Superior no tuvo en consideración que Quispe Quispicho en cada etapa procesal cambió de versión. Así, en su declaración a nivel policial indicó que estaba de acuerdo con el arma que se le incautó, pero que la droga no le pertenecía y que no consumía ni comercializaba droga. En el registro personal se le encontró una pistola, siete bolsitas con hierbas secas y una bolsita con sustancia blanquecina. En su declaración instructiva señaló que la droga que se le halló era para su consumo. Y al inicio del juicio oral aceptó los cargos, los que se subsumen en el inciso 1, artículo 298, del CP.

5.2. La comisión de robo con la agravante de “a mano armada” no le exime que en otro momento se dedique a la venta de droga, lo que se demuestra con la posesión de las drogas con el peso incautado. Por tanto, su conducta es reprochable y existen suficientes elementos de convicción para concluir su responsabilidad en este extremo de la acusación fiscal.

FUNDAMENTOS DE ESTE SUPREMO TRIBUNAL

Sexto. De conformidad con el artículo 83 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el fiscal supremo en lo penal emitió el Dictamen N.º 432-2019-MP-FN-SFSP (foja 37 del cuadernillo) y opinó porque se declare no haber nulidad en la sentencia absolutoria, toda vez que consideró que la incriminación inicial carece de sustento y porque se no llegó a generar la convicción necesaria de que efectivamente se cometió un delito.

Se sustentó en que en el acta de registro personal suscrita por Quispe Quispicho se consignó el hallazgo de marihuana y pasta básica de cocaína, y que tanto en su declaración instructiva como en juicio oral, admitió la posesión de droga; para su consumo. Concluyó que no existe elemento de prueba que respalde que la posesión de dichas sustancias era para fines de microcomercialización. En ese aspecto, citó el Recurso de Nulidad N.º 4264-2007¹, sobre la finalidad de traficar ilícitamente como elemento constitutivo del delito de tráfico ilícito de drogas.

Sétimo. Con relación a la fundamentación del dictamen fiscal supremo antes detallado, el artículo 158 de la Constitución Política consagra la autonomía del Ministerio Público, garantía institucional que es fundamental para el cumplimiento de las funciones que el Poder Constituyente le otorga en el artículo 159. Entre estas funciones, se encuentran la de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses tutelados por el derecho, y la titularidad de la acción penal. Por ello, se ha configurado como un órgano requirente por antonomasia.

Octavo. Por otro lado, la actividad del Ministerio Público se rige por diversos principios, como los de legalidad, unidad en la función,

¹ Del 23 de abril de 2008.

independencia, objetividad y jerarquía. Respecto a este último principio, el artículo 5 del Decreto Legislativo N.º 052, Ley Orgánica del Ministerio Público, establece que los fiscales forman un “cuerpo jerárquicamente organizado y deben sujetarse a las instrucciones que pudieren impartirles sus superiores”.

Noveno. En el presente caso, el fiscal supremo en lo penal consideró que la absolución decretada por la Sala Penal Superior se encuentra justificada, pues no existen suficientes elementos probatorios que acrediten la responsabilidad penal del acusado. Al respecto, este Supremo Tribunal no advierte afectación al debido proceso en sus diversas manifestaciones, motivo por el cual en mérito al principio institucional de jerarquía y a los diversos pronunciamientos emitidos en esta instancia suprema², corresponde dejar subsistente la sentencia absolutoria impugnada.

Décimo. Finalmente en la vista de la causa, la defensa del recurrente sostuvo que el delito de robo con agravantes quedó en grado de tentativa. Sobre esta alegación, como se expuso, al procesado se le condenó por dicho delito en grado de consumación, pues se acogió a la conclusión anticipada de juicio. Esta condena no fue impugnada, y solo fue elevada la causa, vía recurso de nulidad, en el extremo de la absolución por el delito de posesión de drogas con fines de microcomercialización. Por tanto, en aplicación del principio de congruencia recursal no cabe pronunciamiento al respecto.

² R. N. N.º 2238-2015-PUNO, del veintisiete de marzo de dos mil diecisiete; R. N. N.º 960-2015-HUÁNUCO, del ocho de mayo de dos mil diecisiete; R. N. N.º 118-2016-AYACUCHO, del veintinueve de mayo de dos mil diecisiete; y R. N. N.º 836-2016-PUNO, del treinta y uno de mayo de dos mil diecisiete, entre otros.

Asimismo, si el fiscal superior no hubiera impugnado en el extremo de la mencionada absolución, la sentencia en su integridad hubiera quedado firme y no se habría elevado la causa a este Supremo Tribunal.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, de conformidad con el dictamen del fiscal supremo en lo penal, declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia del veinticinco de abril de dos mil dieciséis, emitida por la Segunda Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, en el extremo que resolvió absolver de la acusación fiscal a Alexander Larry Quispe Quispicho, por el delito contra la salud pública, en la modalidad posesión de drogas con fines de microcomercialización, en perjuicio del Estado; y los devolvieron.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

BALLADARES APARICIO

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

SYCO/wqu